

COMMISSIE HANDHAVING MOBIELE DIENSTEN Beslissing van 12 november 2012 op het verzoek van het Loket zoals gedefinieerd in artikel 1 van de Gedragscode SMS Dienstverlening van 29 mei 2012 (hierna het Loket)

om te oordelen over gedragingen van

1. FSP Mobile B.V. te Breda en de directeur de heer W. van Os, hierna te noemen FSP

Het onderhavige verzoek wordt beoordeeld aan de hand van de regels die golden ten tijde van de bestreden gedragingen zoals deze door het Loket in het verzoek zijn beschreven.

1. De Procedure

1.1 De volgende stukken zijn ontvangen:

Verzoek tot handhaving van het Loket van 29 mei 2012, met bijlagen en aanvullende producties op 4 september 2012;

Verweerschrift van FSP van 22 juni 2012 en aanvullende producties op 8 september 2012.

1.2 De mondelinge behandeling van de zaak heeft plaatsgehad ter zitting van de Commissie Handhaving Gedragscode SMS-dienstverlening van 10 september 2012, gehouden te Utrecht. Aldaar zijn verschenen en gehoord gemachtigden van het Loket en van FSP.

1.3 Ter zitting hebben de gemachtigden van het Loket en FSP een pleitnota voorgelezen en exemplaren daarvan overgelegd aan de Commissie Handhaving Gedragscode SMS-dienstverlening en aan de wederpartij. FSP heeft nog nadere producties ingediend. De inhoud van de pleitnotities en producties van beide partijen wordt als hier ingelast beschouwd.

1.3 Van het verhandelde ter zitting is een proces verbaal opgemaakt, waarvan een kopie aan deze uitspraak is gehecht.

De Commissie Handhaving Gedragscode SMS-dienstverlening (hierna: de Commissie) heeft vervolgens bepaald uitspraak te zullen doen op basis van de door partijen overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting.

2. De gestelde gedragingen en de reacties

2.1 Het Loket heeft bij brief van 29 mei 2012 een verzoek tot handhaving ingediend bij de Commissie. Op 4 september 2012 heeft het Loket enkele producties toegevoegd aan het verzoek. Volgens het Loket zou de dienst mymessenger van FSP niet voldoen aan de SMS- Gedragscode en de Reclamecode SMS-dienstverlening (hierna: Reclamecode) en zou er ingevolge artikel 14.1 van de SMS-gedragscode sprake zijn van een ernstige overtreding.

2.2 FSP exploiteert de Abonnementdienst mymessenger op shortcode 4666. Eindgebruikers kunnen met deze dienst, zo claimt FSP, MSN op hun mobiel krijgen tegen betaling van 6 euro per week (> €25,- per maand). FSP laat volgens het Loket na te vertellen dat MSN een dienst is van Microsoft die ook zonder betaling gewoon publiekelijk toegankelijk is via, onder andere, mobiel internet. Bovendien blijkt de dienst veelal niet toegankelijk voor de aangemelde Eindgebruikers/Abonnees, nu FSP volgens het Loket nalaat de juiste inlogcodes toe te zenden. Toch worden de kosten van de Abonnementdienst wel doorbelast.

2.3 De dienst wordt onder andere gepromoot op www.mymessenger.nu. Deze site overtreedt volgens het Loket de Reclamecode op meerdere punten, met name vanwege het misleidend karakter van de communicatie en het ontbreken van prijs en logo vermeldingen. Daarnaast is de dienst gepromoot door het versturen van SMS Spam. Tussen 20 en 24 april zijn er ruim 17.500 berichten verzonden met als inhoud: *'Gratis bericht: Wil jij de nieuwe iPad winnen? Beantwoord dit bericht met WIN OK en maak kans op de nieuwe iPad! Stuur nu WIN OK naar 4666'*. Indien Eindgebruikers aan de oproep gehoor geven start volgens het Loket onmiddellijk de Abonnementdienst mymessenger, zonder verdere aanmeldbevestiging en de daarna vereiste 'actieve instemming' van de Eindgebruiker.

2.4 Op de site mymessenger.nu gaat volgens het Loket de misleiding door. De op de site vermelde 'winnaars' zijn volgens het Loket deels, zo niet geheel, verzonnen. Ten aanzien van Esma Donsuz uit Sliedrecht heeft het Loket bewijs geleverd dat zij in het echt Bahar Kizil heet en in Duitsland woont.

2.5 FSP heeft de overtredingen begaan in 2011 en in 2012 en is hier op 11 mei 2012 op aangesproken door het Loket. FSP heeft op 14 mei 2012 gereageerd en de dienst stopgezet.

2.6 Het Loket stelt dat de Commissie bevoegd is om ingevolge artikel 16 lid 3 van de SMS-Gedragscode een sanctie op te leggen, nu er sprake is van een ernstige overtreding.

2.7 FSP heeft op 22 juni 2012 een verweerschrift ingediend en stelt zich op het standpunt dat geen overtredingen zijn begaan en dat het verzenden van de SMS berichten berustte op een technische fout die inmiddels is hersteld. Van misleiding is volgens FSP evenmin sprake geweest. Prijswinnaars hebben de prijs ook daadwerkelijk gekregen. Toegezonden foto's van prijswinnaars worden niet gecontroleerd. Ook zijn alle eindgebruikers schadeloos gesteld. FSP onderbouwt dit standpunt uitvoering in het verweerschrift met bijlagen. FSP concludeert dat het Loket geen bewijs heeft aangedragen voor zijn standpunten en niet heeft onderbouwd waarom de uitleg van FSP niet overtuigt. FSP meent dat de vertegenwoordiger van het Loket, de heer Van Rotterdam niet objectief is nu hij een bedrijf heeft opgericht dat zich tegen betaalde SMS diensten keert.

3. De beoordeling van het geschil Toepasselijkheid van de Gedragscode

3.2 De Commissie stelt vast dat niet in geschil is dat de SMS-Gedragscode van toepassing is, zodat partijen gehouden zijn de bepalingen van de SMS-Gedragscode na te leven.

Ontvankelijkheid

3.1 Artikel 14 van de SMS-Gedragscode van 1 maart 2012 luidt – voor zover hier van belang – als volgt:

e) *Het Loket bepaalt of de gedraging in strijd is met de Gedragscode en zal, indien zij van oordeel is dat dit het geval is:*

(i) *de overtredende Partij rechtstreeks hierop aanspreken en opdragen de dienstverlening onmiddellijk en uiterlijk binnen twee werkdagen nadat de melding van het Loket in verband met deze overtreding is ontvangen, aan te passen of de betreffende SMS- dienst op te schorten of af te sluiten zodat de overtreding van de Gedragscode binnen twee werkdagen beëindigd wordt, en/of*

(ii) *de betreffende SMS dienstverlener een kopie van de overtreding geven indien de overtredende partij een Content Provider is, en/of*

(iii) *in geval van een duidelijk aantoonbare overtreding en in geval de dienst niet binnen de twee werkdagen termijn is aangepast door de overtreder, deze overtreder opdragen te stoppen met het promoten van de betreffende dienst, de betreffende SMS-dienst op te schorten of af te sluiten, en/of*

(iv) *in de situatie zoals omschreven in artikel 14, sub e onder (iii) kan het Loket ook de SMS-Dienstverlener opdragen ervoor zorg te dragen dat de betreffende SMS-dienst wordt opgeschort of wordt afgesloten.*

f) *De SMS-Dienstverleners zijn verantwoordelijk voor het up-to-date-houden van de contact gegevens van de Content Providers bij het Loket.*

g) *Voorts zal het Loket, indien het van oordeel is dat niet (volledig) voldaan is aan de opdracht (en) die ingevolge sub e) van dit artikel door het Loket is/zijn gegeven, een verzoek tot handhaving indienen bij de Commissie Handhaving in geval van overtreding van de SMS-Gedragscode, zoals verder bepaald in artikel 15 en 16 van de Gedragscode. Een dergelijk verzoek wordt binnen vier weken na het verstrijken van de in artikel 14 sub e (i) genoemde termijn ingediend. Ook indien naar het oordeel van het Loket om een andere gegronde reden een uitspraak over de dienstverlening of gedraging(en) van de overtredende Partij gewenst is, bijvoorbeeld vanwege het feit dat de dienstverlening of gedraging bij herhaling niet voldoet aan de Gedragscode zal het Loket een verzoek tot handhaving indienen bij de Commissie Handhaving in geval van overtreding van de SMS-Gedragscode binnen vier weken na de laatste overtreding, zoals verder bepaald in artikel 15 en 16 van de Gedragscode.*

3.2 Het Loket heeft aangevoerd dat het verzoek is gebaseerd op een ernstige overtreding en verzoekt om oplegging van een sanctie ingevolge artikel 16 van de SMS-Gedragscode. De Commissie ontvangt het Loket

in zijn handhavingsverzoek nu het binnen de termijn van vier weken na de bestreden gedraging, zoals gesteld in artikel 14 sub g van de SMS-Gedragscode, is ingediend.

De inhoudelijke beoordeling van het verzoek tot handhaving

3.3 Tussen partijen staat vast dat alle vereiste aanpassingen om de geconstateerde overtredingen ongedaan te maken tijdig waren doorgevoerd. De Commissie ziet zich vervolgens gesteld voor de vraag of niettemin een sanctie kan worden opgelegd op grond van artikel 16, derde lid, van de SMS-Gedragscode. Volgens deze bepaling kan de Commissie ook een straf opleggen indien overtredingen van de Gedragscode weliswaar op eerste aanzegging ongedaan zijn gemaakt, maar er sprake is van een ernstige en/of herhaalde overtreding van de Gedragscode.

3.4 Onbetwist is dat FSP ongeveer 17.500 SMS-berichten heeft verstuurd. Onbetwist is ook dat het Loket deze heeft gemeld bij de overtreder, zodat gezegd kan worden dat ten aanzien van deze overtredingen de procedure van artikel 14 sub e van de SMS-Gedragscode is nageleefd. De overtredende partij is aangesproken en opgedragen de dienstverlening onmiddellijk te staken. Hierop heeft FSP gereageerd door de shortcode op te heffen. FSP erkent dat de berichten niet verzonden hadden mogen worden. Hiermee erkent FSP ook impliciet dat de berichten niet voldeden aan de regels die daarvoor gelden. Het Loket heeft niet onderbouwd dat de overtredingen vanaf 2011 plaatsvonden.

3.5 De Commissie betreft de producties die door het Loket zijn toegezonden op 4 september 2012 alsmede de producties die gedaagde ter zitting heeft overlegd bij haar oordeel. Gedaagde is hierdoor niet benadeeld nu zij deze producties ook zelf eerder had kunnen opvragen bij de gateway. De Commissie is op grond van alle stukken van oordeel dat er sprake is van een overtreding omdat bij eindgebruikers een prijs in het vooruitzicht werd gesteld, zonder dat voldoende duidelijk werd dat het om een betaald abonnement ging. FSP heeft echter openheid van zaken gegeven en het verweer dat het om een eenmalige technische fout ging, is door het Loket onvoldoende weerlegd. Het Loket heeft bovendien zijn stelling dat duizenden eindgebruikers voor tientallen of honderden euro's zouden zijn gedupeerd, niet met bewijs kunnen onderbouwen.

3.6 Alle omstandigheden in aanmerking genomen, waaronder ook de herstelacties die zijn uitgevoerd en de schadeloosstelling die FSP heeft betaald, is de commissie van oordeel dat de overtreding thans niet ernstig genoeg is om een sanctie op te leggen. Dit betekent overigens niet dat als gedaagde in de toekomst wederom overtredingen pleegt, deze in samenhang met de thans beoordeelde overtreding niet alsnog tot een ernstige en/of herhaalde overtreding als bedoeld in artikel 16, derde lid, van de SMS-Gedragscode zouden kunnen leiden waarvoor een sanctie opgelegd kan worden.

3.7 Het is de Commissie niet gebleken dat er door het Loket onvoldoende objectiviteit is betracht. Het enkele feit dat de vertegenwoordiger een bedrijf heeft voor SMS marketing en adviseert om geen betaalde SMS dienst in een campagne op te nemen, is hiervoor onvoldoende.

4. De beslissing

De Commissie

4.1 wijst het verzoek van het Loket af

Deze beslissing is genomen door de Commissie Handhaving Mobiele Diensten 12 november 2012 en bekend gemaakt door toezending van het besluit aan de partijen op 12 november 2012-[datum].

Deze beslissing is op [datum] toegezonden aan het bestuur van de Stichting Gedragscode Mobiele Diensten, die zal zorgdragen voor een zo spoedig mogelijke publicatie van de beslissing op haar website.

Namens de Commissie Handhaving Mobiele Diensten,

w.g. _____, voorzitter